

DA MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE FACE À PROVA ILÍCITA

Ríclei Aragão Neto*

RESUMO: O presente artigo propõe analisar a aplicação do princípio da imparcialidade no processo penal tomando como parâmetro o contato do magistrado com as provas ilícitas. Conceitua estas e princípio da imparcialidade, questionando a suspeição e isenção do julgador para proferir um julgamento de acordo com a ordem constitucional vigente.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da imparcialidade. Provas ilícitas. Suspeição. Julgamento.

INTRODUÇÃO

Com o fim da ditadura, propagou-se no Brasil a necessidade de uma nova Constituição que respeitasse os direitos e liberdades de todos os cidadãos, pois durante quase 30 anos vivenciou-se um período de exceção.

E assim, com a promulgação da Constituição Federal, em outubro de 1988, os principais anseios de toda uma geração foram ali constitucionalizados. Dentre esses, o devido processo legal previsto no art. 5º, LIV. Contudo, para assegurá-lo, coube ao Estado criar todo um arcabouço de garantias e prerrogativas para toda a sociedade, limitando o poder estatal e tutelando direitos dos cidadãos.

Nesse toar, o princípio da imparcialidade é pedra fundamental de todo o sistema jurídico nacional, pois para a resolução de uma lide, a isenção do julgador é fator imprescindível, já que não é permitido às partes fazer a sua própria justiça, deve o Estado, como responsável pela tutela jurisdicional agir com seus órgãos, resolvendo os conflitos sem externar preferências.

Neste artigo, pretende-se analisar a importância da imparcialidade do magistrado como forma de se legitimar a imperatividade das decisões judiciais. Tem ainda o objetivo de contextualizar o contato do julgador

* Bacharel em Direito pela Universidade Tiradentes, pós-graduado em Direito Penal Constitucional pela Faculdade de Sergipe-FASE e servidor do Tribunal de Justiça de Sergipe, lotado na Comarca de Nossa Senhora das Dores-SE.

com as provas consideradas ilícitas, trazendo à baila sua capacidade para julgar lides em que aquelas foram produzidas, livre de qualquer influência à luz do Estado Democrático de Direito.

2. PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE E AS PROVAS ILÍCITAS

Inicialmente, para trazer à baila esse tema, definiremos o que são provas ilícitas. Os professores Scarance Fernandes, Gomes Filho e Ada Grinover fala o seguinte:

“Por prova ilícita, em sentido estrito, indicaremos, portanto, a prova colhida infringindo-se normas ou princípios colocados pela Constituição e pelas leis, frequentemente para a proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade e daquela sua manifestação que é o direito à intimidade...”

Os doutrinadores Nestor Távora e Rosmar Antonni diz:

“Prova ilícita são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais...”

O sistema jurídico nacional estabelece normas aplicadas à instrução processual, em algumas delas, não admitem provas ilícitas. Sobre o tema, o jurista Paulo Rangel o analisa da seguinte forma, “A vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de Direito, que não admite a prova do fato e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar. Os direitos previstos na Constituição são direitos naturais, agora positivados, não havendo mais razão para o embate entre o direito natural e o positivo, como no passado”.

No que pertine ao princípio da imparcialidade, verificamos que este não foi implementado no ordenamento jurídico em 1988 com a promulgação da Constituição, muito pelo contrário, está na Declaração dos Direitos do Homem quando da proclamação da Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, que assim prevê:

“Artigo X- Toda pessoa tem direito, em plena igualdade, a uma audiência justa e pública por

parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele;"

Desse modo, como forma de garantir que o Juiz desenvolva sua atividade judicante livre de qualquer influência, faz-se necessário que o Estado estabeleça garantias como forma de fortalecer a sua isenção, bem como estabeleça vedações, e assim o fez no art. 95 da Constituição Federal, ***in verbis***:

Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;

III - irredutibilidade de subsídio, ressalvado o disposto nos arts. 37, X e XI, 39, § 4º, 150, II, 153, III, e 153, § 2º, I.

Parágrafo único. Aos juízes é vedado:

I - exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério;

II - receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo;

III - dedicar-se à atividade político-partidária.

IV - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei;

V - exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos do afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como “cidadã” veda a existência de qualquer tribunal de exceção, bem como garante o devido processo legal, sendo que neste, estariam contidos todos os outros

princípios processuais, como o da isonomia, do juiz natural, da proibição da prova ilícita, do duplo grau de jurisdição, da publicidade dos atos processuais e da motivação das decisões judiciais.

O Código de Processo Penal como forma de assegurar o devido processo legal estabelece regras para a produção da prova, como forma de reconstruir os fatos ocorridos e direcionar o magistrado na busca da verdade real. É através desses elementos carreados aos autos que o julgador formará o seu convencimento.

Para produzir o processo justo, faz-se necessário que a colheita de provas tenha respeitado a legislação vigente, qualquer que seja a instância em que foi elaborada, para poder revestir-se da legitimidade, não podendo ter como base provas produzidas com violação das normas de direito material, sob pena de ofensa à garantia constitucional do devido processo legal.

A Constituição da República é cristalina quando veda a utilização das provas ilícitas no processo em seu art. 5º, LVI:

LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos;

Dessa forma, não há total liberdade para a produção da prova. É necessário que a autoridade siga todos os ditames legais, sob pena de serem caracterizadas como sendo ilícitas e assim disciplina o Código de Processo Penal, *in verbis*.

Art. 157 “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”

Portanto, o legislador vetou por ser incompatível com uma sociedade de base democrática, qualquer prova cuja obtenção derive de transgressão a cláusulas de ordem constitucional ou de direito material. Dessa mesma maneira, agiu em relação às provas ilícitas por derivação que segundo o professor Noberto Avena “são aquelas que, embora lícitas na própria essência, decorrem exclusivamente de prova considerada ilícita ou de situação de ilegalidade manifesta ocorridas anteriormente à sua produção, restando, portanto, contaminadas”.

Embora a vedação de utilização de provas ilícitas não seja absoluta, pois adotando a teoria da razoabilidade, vem sendo admitida, excepcionalmente, pela jurisprudência brasileira, bem como pela doutrina, em casos que venha beneficiar o réu inocente, que de outro modo não teria como provar sua inocência. O professor Nucci afirma que seria um caso de inexigibilidade de conduta diversa, já Ada Grinover, Gomes Filho e Antonio Scarance dizem que é estado de necessidade.

Desse modo, durante o decorrer de uma ação penal, o Juiz profere uma série de despachos para ao final sentenciar. Acontece que nesse ínterim, ele pode determinar a retirada dos autos de um elemento probatório ilícito após um prévio conhecimento e análise. Esse conhecimento influenciará o julgador, pois afetará seus sentidos, sua forma de ver os fatos, podendo desprezar outros elementos de provas carreados aos autos.

A Lei 11.690 de 2008 que alterou o art. 157 do Código de Processo Penal determinava o seguinte:

“Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão.” (VETADO)[grifamos]

De acordo com o art. 157, § 4º do CPP, o juiz que tivesse conhecimento

da prova declarada inadmissível seria afastado dos autos. Observamos a preocupação do legislador da época com a imparcialidade do Juiz, infelizmente o mesmo foi vetado.

As razões do veto tiveram por base manter uma efetividade processual que leva em consideração apenas a quantidade de decisões proferidas. Afinal esse foi um dos objetivos da Lei 11.690/2008, imprimir celeridade aos processos.

A busca da efetividade processual não pode ser absoluta, tem que respeitar as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito, pois uma sentença justa e adequada não é a exarada rapidamente, e sim aquela que respeita princípios de um sistema jurídico, dentre eles, principalmente, a imparcialidade.

Nesse sentido, para analisar um processo com imparcialidade não pode magistrado sofrer qualquer interferência interna ou externa. Esta poderá ser oriunda da imprensa, por exemplo. Aquela, de elementos carregados aos autos de maneira ilícita.

A prova ilícita já conhecida pelo julgador o influenciará, tornando-o parcial. A valoração da prova estará prejudicada, e fatos sem importância relevante para o deslinde da causa tomam outra dimensão e passam a ser decisivos para o julgamento.

É cediço que a dúvida sempre milita em favor do acusado, o denominado princípio do *in dubio pro reo*, amplamente aplicado no nosso ordenamento. Tal preceito constitucional, quando conflitado com as provas ilícitas levaria o magistrado a procurar uma certeza não existente, que só foi plantada em sua mente diante do conhecimento daquelas.

Da mesma forma, aconteceria na aplicação do art. 386 do Código de Processo penal, *in verbis*:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

- I - estar provada a inexistência do fato;
- II - não haver prova da existência do fato;
- III - não constituir o fato infração penal;
- IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal;
- V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal;
- VI - existirem circunstâncias que excluam o

crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII - não existir prova suficiente para a condenação.

A sentença absolutória, em alguns dos casos acima descritos, como por exemplo no caso de não haver prova da existência do fato, encontraria uma barreira no subconsciente do magistrado, pois há uma verdade na prova ilícita conhecida por ele que não pode ser utilizada para fundamentar uma condenação, não obstante, seja muito difícil separá-la, levando o julgador a valorar outros elementos de prova de maneira substancial, que não o seria, se não fosse o conhecimento daquela. Condenando assim, um acusado, mesmo na hipótese exemplificada do art. 386, II, do Código de Processo Penal brasileiro.

Com efeito, é indene de dúvida que a imparcialidade fica mitigada, pois o homem em casos dessa natureza tem em seu psicológico uma verdade, mesmo que não admitida pelo direito, que sem nenhuma dúvida ditará suas ações e percepções no processo. Não se deve desprezar que a prova ilícita apesar de excluída dos autos, fica no subconsciente do julgador e só virá à tona na sentença, quanto da análise dos fatos e das provas.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, percebe-se que o princípio da imparcialidade que é tão festejado no Brasil perde sua grandeza como fator imprescindível para o devido processo legal, princípio esse, consagrado na Constituição Federal. Esta, não prevê apenas uma isenção objetiva, ou seja, baseada apenas nos casos de suspeição e impedimentos previstos, por exemplo, nos artigos 134 e 135 do Código de Processo Civil.

Logo, quando o juiz durante a instrução processual toma conhecimento de provas ilícitas que serão expurgadas dos autos, deve este, declarar-se suspeito, pois o seu ânimo já foi contaminado. Um estado de certeza em relação ao fato já ficou em sua mente. A convicção sobre o direito a ser aplicado já é patente em seu íntimo, não terá o distanciamento necessário das provas, sua interpretação tende a ser viciada, uma vez que o juiz perde a isenção necessária para decidir, embora objetivamente ele possa

judicial, subjetivamente não. O que viu e ouviu, mesmo que expurgado dos autos por simples despacho, não terá a mesma facilidade para retirar do seu subconsciente. Assim, a persuasão racional na apreciação da prova desaparece. O princípio da livre convencimento motivado não será aplicado em sua inteireza.

Portanto, verifica-se que todo magistrado que tiver conhecimento do conteúdo das provas ilícitas deverá ser afastado do julgamento, por não possuir a isenção necessária para contextualizar e valorar as provas carreadas aos autos. Assim, a revogação do parágrafo quarto do artigo 157 do Código de Processo Penal foi um equívoco por parte do Executivo. Neste caso, com o fito de garantir ao cidadão um julgamento livre de qualquer influência, pode o juiz declarar-se suspeito por motivo íntimo, como cristaliza o Código de Processo Civil e o Código de Processo penal.

FROM THE MITIGATION OF THE PRINCIPLE OF IMPARTIALITY IN THE FACE OF EVIDENCE UNLAWFULLY

ABSTRACT: This article aims at analyzing the application of the principle of impartiality in criminal proceedings taking as parameter the contact of the magistrate with illegal evidence. Conceptualizes these and the principle of impartiality and questions the suspect and waiver of the judge to issue a judgment in accordance with the current constitutional order.

KEYWORDS: Principle of impartiality. Illegal evidence. Suspicion. Judgment.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. *Processo penal esquematizado*. 1ª Ed. São Paulo: Editora Método: 2009.

BRASIL, *Código de Processo Penal Brasileiro*. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2012.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCE FERNANDES, Antonio;

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*.

11^a ed. Ver., atual. E ampl. São Paulo: RT, 2009.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 14^a ed. São Paulo. Editora Saraiva. 2010

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. ed. São Paulo: RT, 2008.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 16^a Ed. Editora Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Vol. 2, 30^a ed. São Paulo: Saraiva, 2008.